

Szüksége van-e a társadalomnak jogászokra?

Az Ünnepelt az életpályájával alapvetően befolyásolta a magyar polgári jog fejlődését, a magánjogról alkotott megértésünket, és azt a mércét, amelyhez a jognak, valamint a jog művelésének a minőségét mérjük. Az alábbi írással köszönetet szeretnék mondani azért, hogy tanulhattam tőle: olyan alapokra, és úgy érzem, olyan tisztánlátásra tehettem szert, továbbá olyan iránytűket találtam, amelyekre mindenkor biztosan építkezhetek. A köszönetnyilvánítás az Ünnepelttel együtt szól a magyar jogászok egy egész nemzedékének, amely olyan korban is megőrizte és fejlesztette a magyar polgári jogot, mintegy magától értetődőnek tekintve ennek fontosságát, amely kor ennek egyáltalán nem kedvezett, és amely ezt nem is jutalmazta. E nélkül a munka nélkül mi sem kaphattunk volna stabil alapot a kollektív jogi tudás gyarapításához, és ahhoz, hogy értéket tudjunk továbbadni az utánunk jövőknek. Ez utóbbi a számunkra nem csak lehetőség, de olyan kötelezettség, amelyet éppen azok hagynak ránk, akiktől mi is tanulhattunk.

Az alább következő írás egy polgári jogász gondolatait fogalmazza meg. Ez alapvetően határozza meg a látásmódját és egyes megállapítások értelmezési tartományát is. A jogot mint társadalmi jelenséget közelíti meg, kiindulva abból, hogy azt emberek alkotják emberek számára. A jogot nem mint önmagában létezőt vizsgálja, hanem éppen abból indul ki, hogy a jog csak a társadalmi összefüggésekben lehet értelmes és értelmezhető. A jognak és a jogászoknak a társadalmat kell szolgálniuk. Nincs a társadalomtól független értékük. Gondolati kiindulópontunk *William Shakespeare* egyik drámájának híres mondata: „az első tennivaló: öljünk meg minden törvénytudót!” Ennek a mondatnak a fényében arra keresi a választ, hogy mi a jogászok társadalmi feladata és felelőssége, továbbá, hogy ez miként függ össze a jog természetével, a helyes társadalomról alkotott képpel, és ez milyen következményekkel jár a jog megértésére és tartalmának az alakulására nézve.

1. A jog természete

A jogot hajlamosak vagyunk úgy kezelni, mint ami magától értetődően, mintegy természetes adottságként van jelen, és bár tartalma változó lehet, nélküle nem tudjuk elképzelni a társadalmi létezését. A jogtudomány szeret a jogra mint önmagában létezőre, elemi tételek és összefüggések halmazára tekinteni, amelynek tartalma megváltoztathatatlan törvényszerűségeknek engedelmeskedve formálódik. A jog azonban sokkal inkább a társadalom mesterséges termékeként érthető meg. Elsődleges funkciója az, hogy konvencionálisan a létező társadalmi valóság részének tekintett, de a

tárgyi valóságban nem létező tételezettségek és jelenségek mentén szervezze a társadalom tagjainak közös cselekvését.

A jog mint jelenség a mítoszokkal azonos természetű: a közös cselekvést koordinálja a közösség tagjai által osztott meggyőződés alapján, amely azonban nem feltételezi a meggyőződés tárgyának a természeti törvényszerűségek szerinti létezését. Tulajdonképpen azt is mondhatnánk, hogy a jog annyiban létezik, amennyiben a társadalom hisz benne. Van olyan feltételezés, amely szerint éppen ez a képesség, a tényleges létezőtől elszakadó absztrakt gondolkodás képessége jelentett olyan kompetitív előnyt a *homo sapiens* számára, amely lehetővé tette őseink térnyerését a neandervölgyi emberrel szemben. A mai tudásunk szerint a neandervölgyi embernek mind a testi adottságai, mind pedig az agyi kapacitása alapján versenylőnye volt a *homo sapiens*szel szemben. Bár némileg provokatív lehet ez az állítás, az tűnhet a leginkább valószínűnek, hogy a *homo sapiens* előnye a neandervölgyivel szemben éppen az volt, hogy az absztrakt gondolkodásra való képessége révén a közösségi cselekvést tervezetten tudta egy adott cél érdekében megszervezni. Ennek eszköze a közös hit, a társadalmi konvenció, a tárgyi világban nem létező jelenségek (személyek, dolgok, más tényezők) létezőként való tételezésével. Aligha lehet jobb példa erre a polgári jog olyan elemeinél, mint a jogi személyiség.¹ Akár igaz az emberi fejlődéstörténet szempontjából ez az állítás, akár nem, az biztosan állítható, hogy a jog ugyanannak az emberi képességnek az eredménye és egyúttal függvénye, mint amelyből a mítoszok is születnek. A jog és a mítosz egy töről fakadnak, ezért a természetük is hasonló.

A jogi személyek, mint ahogy a jog is, a társadalom mesterséges termékei.² Tudjuk, hogy a tárgyi valóságban nem léteznek, mégis létezőként, jogok és kötelezettségek alanyaként tételezzük őket. Ezáltal képes a jogi személyiség biztosítani a működő vagyron állandóságát, és válnak a jogi személyek a modern gazdaság alapvető tényezőivé. Ez az absztrakt természet azonban nemcsak a jog egyes jelenségeinek, hanem a jog egészének is a sajátja. Voltaképpen ugyanez az absztrakció tételezi az államot mint a jognak a forrását (jogalkotót) is: az állam és a jog azért „létezik”, mert egyetértünk abban, hogy vannak. Amint ez a konvenció megszűnik, megszűnik az állam és a jog is; többnyire ez akként történik, hogy a megszűnő állam helyébe egy másik államot, a megszűnő jog helyébe pedig másik jogot helyezünk, hiszen a társadalmi cselekvés tervezett szervezésével kapcsolatos közösségi igény mindenképpen fennáll. Ugyanez vonatkozik az idő (múlt, jelen, jövő) érzékelésére és tételezésére is. Ez mindenképpen a létező tárgyi valóságtól elszakadni képes gondolkodást tételez fel.

A jognak ez a természete számos következménnyel jár. Az egyik ilyen következmény a jog kulturális beágyazottsága. A jogi kultúra az, amelyen keresztül megközelítjük, felismerjük, értelmezzük és értékeljük a minket körülvevő világ jogi aspektusait. Ez igényli a társadalom tagjainak előzetes közös megértését, és kötődik azokhoz a rögzült adottságokhoz, amelyekkel a társadalmi valósághoz közeledünk. Ebből adódik a szoros kötődés a hagyományokhoz, amely a jogi gondolkodásnak is egyik jellemző vo-

1 Y. N. Harari, *Sapiens – Az emberiség rövid története* (ford. Torma P.), Animus Kiadó, Budapest, 2015, 31–41. o.

2 Menyhárd A., A nem természetes személyek jogalanyisága a polgári jogban, in Ficsor K., Györfi T., Szabó M. (szerk.), *Jogosultságok. Elmélet és gyakorlat*, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2009, 197–205. o.

nása. A modern gondolkodás egyik jellemző sajátossága, hogy a tradíció nem igazolja saját magát. Így a jog tudományos kritika alá vethető szakmai tudássá vált, amelynek helyességére bármikor rákérdézhetünk, és amely többféleképpen is tesztelhető.

Mind a jog keletkezése, mind vizsgálata tudatos emberi cselekvésen alapszik. A mai gondolkodásunk szerint a jog nem valamiféle felsőbb hatalom kinyilvánítása, hanem azt emberek formálják. A jog tartalmát befolyásoló tudatos döntések jogalkotói lépésként vagy bírósági állásfoglalások formájában jelennek meg, amelyek a jogot akár meg is változtathatják. A tradíciók azonban nem tűnnek el ebben a rendszerben sem. Implikált háttértudásként, a jogi gondolkodás axiomatikus tételeiként jelennek meg, amelyek mögött társadalmi konszenzust tételezünk fel. Ilyen például a *nulla poena sine lege* elve. A rendszer részét képezik továbbá olyan tényezők, mint az emberi magatartás ösztönzése a társadalmilag helyesnek tartott irányba (prevenció), valamint az általánosan elfogadott társadalmi értékek érvényesítése iránti igény is. Ilyen háttértudás alapján oldódnak meg azok az ügyek, amelyekre a már megfogalmazott jogi normák nem adnak társadalmilag kielégítő megoldást („hard cases”).³

A jogi kultúra a jognak a részét képezi. Ez érzékletesen talán úgy írható le, ha a jognak három rétegét tételezzük. A jogi felszíni rétege a jogi norma szintje. A jogi norma a jogi kultúrába ágyazódik, amely a jognak a középső rétege. Ez a középső réteg hordozza a társadalmi értékeket és a „hard cases” megoldásait. Az alapul fekvő réteg pedig a „mélystruktúra”, amelyben olyan alapvető axiomatikus tételeket azonosítunk, mint az emberi jogok védelme. A jog a társadalmi konfliktusokat jogi konfliktusként (jogvitaként) jeleníti meg. A jogi kultúra és a társadalmi fejlődés között ugyanakkor szakadék is keletkezhet, amelyet a jogi kultúra reflexív természete képes lehet csökkenteni. Ilyen divergenciák szisztematikus leírását adja például a magyar jogirodalomban *Tárkány Szűcs Ernő*,⁴ aki közösségi normákat hordozó népi szokások vizsgálatával mutatja ki párhuzamos normarendszerek működését a társadalomban, egybevetve ezeket a szokásokat a releváns jogi szabályozással.

E divergencia miatt a jog valójában csak a felső, felszíni rétegben alkothat zárt rendszert.⁵ A jognak ezen a felső síkján játszanak fontos szerepet a jogászai gondolkodás sajátosságai. A jogi dogmatika szerepe ebben a rendszerben a kohézió és a konzisztencia fenntartása. Éppen ez az az elem, amely a jogtudományt mint társadalomtudományt olyan nehezen kezelhetővé teszi a tudományos gondolkodás modellje számára. Az axiomatikus tételekre alapított, meghatározott logikai törvényszerűségek útján levezetett következtetések a jogtudományt a logikához és a matematikához teszik hasonlatossá. Az axiómákból meghatározott (dogmatikai) törvényszerűség útján

3 *R. Dworkin*, *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1998, 6–30. o.

4 E helyütt részleteket nem emelnénk ki ebből az átfogó és alapos műből, amelynek egészét és minden egyes részletét is áthatja ez a párhuzamosság. Rendkívül plasztikusan fejezi ezt ki a szerző, amikor a következőket írja. „Nagy tanulság számunkra a 'fent' és a 'lent' kettőssége a jogban, mert ami fent megvolt, az megvolt lent is: szabályok, amelyek nélkül egyetlen közösség sem létezhetett. Fent a szabályt törvénynek vagy rendeletnek, összefoglalóan jogszabálynak nevezték; lent a fogalmat nem tudták ilyen szabatosan absztrahálni, hanem olyan kifejezésekkel illették, mint rend, szabály, »törvény«, a belőle származó alanyi jogosultságot pedig »jog«-nak tartották.” *Tárkány Szűcs E.*, *Magyar jogi népszokások*, Gondolat, Budapest, 1981, 820. o.

5 Ilyen rendszert ír le például Hans Kelsen. Vö. *H. Kelsen*, *Tiszta jogtan* (ford. *Bibó I.*), ELTE Bibó István Szakkollégium, Budapest, 1988, 35–49. o.

levezetett következtetéseket azonban a társadalmi értékrend alapján a jog felülírhatja, és bizonyos esetekben felül is kell írnia.⁶ Ez a jogásztól a helyes társadalom építése érdekében intuitív gondolkodást, értékek hierarchiába rendezését és szükség esetén a dogmatikai következtetések felülírását kívánja meg, mindezt azonban a dogmatikai rendszer keretei között értelmezhető módon kell tennie. Ezért a jog, ebből a szempontból legalábbis, sokkal inkább művészet, mint tudomány.⁷

2. A jog forrása

A jog felső rétegében a hagyományos szemlélet a jog forrásának a jogalkotó autoritást tekinti. Jogalkotó autoritásnak elsősorban a törvényhozó hatalmat tekintjük. Ez a modell a polgári jogban már a jog felső rétegére sem igaz. Az írott normák értelmezésének a monopóliuma és egyúttal feladata a jogász szakmai közösségé, de azon belül is elsősorban a bíróságé. A norma értelmezése a norma tartalmának a meghatározása. Az írott norma, tehát a jog tartalmának a meghatározása a bíróság kezében van. A bíróság feladata továbbá az is, hogy a generálklauzulák alkalmazásával a döntést megnyissa a társadalmi értékelés felé, ideértve a „hard cases”-nek minősülő esetek megoldását is. Viszonylag kézenfekvő ennek alapján belátni azt, hogy a jogalkotó és a jogalkalmazó autoritás között nincs hierarchikus kapcsolat. A magánjogban a jogalkotás és a jogalkalmazás nem választható el egymástól. A szövegekbe foglalt jogi normák tartalmának a meghatározása a jogászok szakmai közösségének a monopóliuma, ahogy az autoritativ szövegek értelmezése általában is egy szűk társadalmi csoport privilégiuma. Ez már önmagában is jelzi a jogászok szerepét a társadalomban. Érdeemes lehet azonban megfordítanunk a gondolkodást, és a jogászok szerepét nem a jog felső rétegének a rendszerében tételezni, hanem a jogot mint társadalmi jelenséget vizsgálni.

A jog felső rétegében a jogforrási hierarchiába rendezett, jogalkotó autoritásra visszavezetett és a jogalkotó autoritás által legitimált normákat a társadalom tagjai, azaz emberek alkotják emberek számára. A jog nem a társadalom felett álló hatalomból származik, hanem ahogy azt a fentiek alapján beláthattuk, a jog társadalmi termék. Az egyéni cselekvéseket közösségi cselekvéssé szervezi, meghatározott célok elérése érdekében koordinálva a társadalom tagjainak a magatartását. Ennek kulcsa az absztrakt, a fizikai valóságtól elszakadni képes, mítoszokat és hitet teremtő gondolkodás képessége. Ez a gondolkodás tud társadalmi konszenzust teremteni a tárgyi valóság által való igazolás igénye nélkül olyan jelenségekben, amelyek a jognak építő elemei (csak néhány alappillért említve az állam, a tulajdon, a jogi személy, a szerződés, a család koncepciója). Ezekre az alapokra épül a jognak a teljes, a létező

6 Ennek nyitják meg az utat kodifikált jogrendszerekben az ún. generálklauzulák (különösen a jóhiszeműség és tisztesség követelménye, a joggal való visszaélés tilalma, a jóerkölcsbe ütköző ügyletek semmissége vagy ezek megfelelői), más jogrendszerekben pedig doktrínák (pl. *estoppel*, *in pari delicto*, *clean hands doctrine*).

7 Ulpianus híres maximájából, a „*ius est ars boni et aequi*” téziséből többnyire a „*boni et aequi*”-re helyeződik a hangsúly, ritkábban keressük az „*ars*” kifejezés használata mögötti üzenetet.

valóságtól függetlenített, absztrakt rendszere.⁸ A tárgyi valósághoz való „átjárást” biztosítják például olyan kategóriák, mint a személy vagy a dolog fogalma, a társadalmi valósághoz pedig a tulajdon, a szerződés vagy a felelősség koncepciója.

A jog a társadalom terméke, de a társadalmi munkamegosztásban a jognak az előállítása a közösség egy szűk részének a feladata. Ez a jogászok szakmai közössége. A jogászoknak ez a monopóliuma társadalmi konszenzuson alapszik. A jogászok feladata az, hogy a társadalmi értékrendet olyan magatartás-szabályokká formálják, amelyet a közösség a tagjain az állam útján számon kér.⁹ E helyütt az államnak és a jognak a fogalmát még csak meg sem kíséreljük megadni. Bármilyen koncepciót is követnénk azonban ennek kapcsán, azt biztosan állíthatjuk, hogy a jog tartalmát a jogászok határozzák meg. A jog forrása tehát a társadalmi valóság síkján a jogászok szakmai közössége. Természetesen ez az állítás nem változtat azon, hogy a jogi gondolkodás rendszerében és a jog felső rétegében jogforrásnak a jogi normarendszer egyes elemeit tekintjük. Az állítás arra vonatkozik, hogy ennek a normarendszernek a tartalmát a jogászok közössége határozza meg. Ez a közösség akkor végzi jól a feladatát, ha a társadalmi értékrendet megfelelően tudja állami erővel kikényszerített magatartási normákba fogalmazni, azaz a magatartási szabályok követése a társadalmi értékrenddel összhangban van.

Ezért érdemes a jogot a jogász közösség társadalmi feladatának a szempontjából megközelíteni. Tulajdonképpen azt is mondhatjuk, hogy a jog a jogászokkal jelent meg a társadalomban; a jog nem a jogászoktól függetlenül létezik, hanem a jogászok teremtik azt. A jogászok zárt szakmai közössége, és azon belül is a bírák formálják a jogot. Ha a jogra mint társadalmi jelenségre akarunk fókuszálni, nem a jogi szövegek és nem is az elmélet az, amire figyelniünk kell, hanem a jogászok helyzetére és a jogászoknak a társadalomban elfoglalt helyére.

3. „The first thing we do, let us kill all the lawyers”

„Az első tennivaló: öljünk meg minden törvénytudót” – hangzik Németh László fordításában William Shakespeare VI. Henrik (II.) c. színművének híres mondata.¹⁰ Ennek a mondatnak hajlamosak vagyunk hagyományosan negatív értelmet tulajdonítani,¹¹ és biztosan nem alaptalanul. Úgy tűnik, hogy az író üzenete világos:

8 A hazai egyetemi hallgatóság körében élő anekdota szerint a vizsgán a vizsgáztató professzor a vizsgázó hallgatót az ablakhoz vezeti, és megkérdezi tőle, hogy mit lát. A hallgató mondja, ami a szeme előtt van: épületeket, járőkelőket, gépkocsikat, fákat stb. A professzor egyiket sem fogadja el helyes válaszként. Amikor a hallgató már végképp kifogyott mindenből és értetlenül felhagy a próbálkozással, a professzor a következők szerint adja meg a helyesként elvárt választ: bárhova nézünk, jogalanyokat és jogtárgyakat látunk! Ez a kis történet, a maga egyszerűségében nagyon pontosan mutatja azt, hogy a jog a fizikai és a társadalmi valóság teljességét jogalanyokra és jogtárgyakra „konvertálja”, ezzel téve lehetővé az absztrakt rendszerben való gondolkodást. A tárgyi (és a társadalmi) valóság teljességének a jogalanyokra és jogtárgyakra való átfordítása a jog absztrakt rendszerének a fundamentuma.

9 J. Habermas, *Between Facts and Norms* (transl. W. Rehg), Polity Press, Cambridge, 1998, 255. o.

10 IV. felvonás, 2. szín.

11 Nagy T., *Jog és irodalom: kezdetek és eszmények*, Iustum Aequum Salutare, 2007/2, 60. o.

jobb lenne olyan társadalomban élni, amelyben nincsenek jogászok. Kevésbé erős értelmezésben gondolhatnánk esetleg azt, hogy az író, akinek közismerten sok pere volt, így akar a jogászoknak üzeni; esetleg valamiféle bosszú ez a mondat, vagy éppen csak egy „beszólás” vagy tréfa: afféle ugratása, provokálása a jogászi szakmának. De jellemzően nem gondoljuk azt, hogy ennek a mondatnak pozitív üzenete is lehet. Annak érdekében azonban, hogy ennek a mondatnak a tartalmáról és jelentőségéről valós képet kapjunk, érdemes pontosan megvizsgálni azt, hogy kinek a szájából és milyen helyzetben hangzik el. A drámai szín egy olyan helyzetet jelenít meg, amelyben *Jack Cade*, egy martalócokból szerveződött banda vezére egy várost készül meghódítani. *Cade* célja egy olyan társadalmi rend bevezetése, amelyet a mai fogalmainkkal valamiféle kommunista királyságként írhatnánk le: a javakat egyenlően akarná a nép körében szétosztani, ugyanakkor ezt egy zsarnoki teljhatalom alapján tervezi végrehajtani. A célja tehát egy autokratikus egyeduralkodó, a legteljesebb teljhatalom megszerzése, amely az egyéni szabadság teljes elvesztésével jár. Az említett mondat, mintegy szükségszerű következtetésként, közvetlenül a támadás megindítása előtt *Cade* egyik híve, *Dick* szájából hangzik el, válaszként *Cade* terveire. Amikor e mondat valódi üzenetét keressük, arra kell választ adnunk, hogy miért tekintik ezek a martalócok éppen a jogászokat elsődleges ellenségnek, és miért kellene *minden* törvénytudót megölni ebben a városban?

A válasz a jogászok társadalmi szerepében rejlik. A jogászok minden társadalomban a szabadságot és az autonómiát, a piacgazdaság és a demokrácia értékeit védik, és ellenállnak bármely zsarnoki rendszernek. Ez a jogászok társadalmi felelőssége, és ez a felelősség emeli a jogászi szerepet hivatássá. Kézenfekvő tehát, hogy ha valaki egy társadalomban zsarnoki uralomra tör, akkor legnagyobb ellensége a jogászok közössége lesz. A jog egyfelől az államhatalom megnyilvánulása, másfelől pedig a korlátozottan elérhető társadalmi erőforrások elosztásának a rendje. Az állam hatalmi megnyilvánulásának az érvényre juttatásához végrehajtó hatalomra van szükség, amely nem feltétlenül igényel jogászokat, vagy legalábbis nem igényli a jogászságot mint a társadalomban elkülönült szakmai közösséget. A jog elsődleges feladata azonban nem az államhatalmi megnyilvánulás közvetítésében, hanem a társadalom rendelkezésére álló erőforrások allokálásában rejlik.

A társadalomnak az elsődleges feladata ugyanis a korlátozottan rendelkezésre álló erőforrások elosztása a társadalom tagjai között. Erre többféle allokációs mechanizmus képzelhető el, és többféle ki is alakult a történelem során. Lehetséges például, hogy az erősebb elveszi a gyengébbtől, és lehetséges az is, hogy minden termelt jószágot központilag elvonunk, majd az elvont javak valamilyen szempontrendszer szerint, egyenlően vagy bizonyos tulajdonságok, érdemek alapján újraelosztásra kerülnek.¹² Az erőfölényen alapuló elosztás nem igényel központi (állami) hatalmat, az utóbbi viszont erős központi hatalmat tételez fel, amely az újraelosztást – valamilyen szempontrendszer szerint – végrehajtja. Ilyen, központi újraelosztáson alapuló rendszerben, amelyet a drámában *Cade* és követői is be akarnak vezetni, a jog nem több,

12 M. J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), London, 1997, 1–22. o.

mint a társadalmat irányító hatalom parancsa, ennek a hatalomnak a megnyilvánulása. Ilyen társadalomban jogászokra nincsen szükség.

Ezért hirdette a marxista ideológia is a jog elhalását. A kommunizmusban ugyanis, amelynek központi eleme a megtermelt javak teljes elvonása és újraelosztása, jogra nem lenne szükség. A társadalom tagjainak a jólétéről a központi hatalom az újraelosztás útján gondoskodik. Ehhez pedig nem kell sem jog, sem jogász. Nem véletlen, hogy az ötvenes és a hatvanas években a hazai jogi karokra zömmel olyan hallgatók kerültek, akik más képzésekre a létszámkorlátok miatt nem jutottak be. A jogi karok hallgatói létszámkereteit ugyanis az oda jelentkezőkből messze nem tudták feltölteni, mert a felvételizők körében is az a meggyőződés uralkodott, hogy rájuk jogászként a társadalomban nem lesz szükség. A más képzésekre be nem jutó hallgatókat egyszerűen átirányították a jogi karokra. A központi hatalom által vezérelt, teljes elvonáson és újraelosztáson alapuló rendszerek további jellemző vonása, hogy az arisztotelészi értelemben vett elosztó igazságosság érvényesülését tartják a feladatuknak, és az elosztás szempontrendszerét a saját céljaik alapján határozzák meg.

A jog mint a társadalom rendelkezésére álló javak újraelosztásának a rendszere a piacgazdasághoz és a polgári társadalomhoz kötött. A piacgazdaságban a javak újraelosztása a társadalom tagjainak önkéntes árucseréjén alapszik, amelyet a keresleti és kínálati viszonyok mozgatnak. Ilyen társadalomban az államnak egy bizonyos jóléti szerep mellett az a feladata, hogy az önkéntes árucseré játékszabályainak a betartása felett őrködjék. A játékszabályokat pedig a jog határozza meg. Az ilyen társadalom alapvető értéke a magánautonómia és a szabadság, hiszen ez a társadalmi viszonyok szerveződésének a fundamentuma. Ennek a szabadságnak a vagyoni leképezése a magántulajdon és a szerződési szabadság. Jogra és jogászokra ilyen, önkéntes koordináció alapján működő társadalomban van szükség. A történelmi, továbbá a társadalmi erőforrások felhasználásának hatékonyságával kapcsolatos tapasztalataink alapján az az általános társadalmi meggyőződés alakult ki, hogy a helyes társadalom a magánautonómia, a magántulajdon, a szabadság, az emberi méltóság tiszteletének és a jog uralmának alappillérein nyugszik, miközben képes a társadalom azon tagjairól gondoskodni, akik ezt a maguk erejéből nem tudják megtenni. Ha a társadalmi-gazdasági erőforrások allokációja az egyének közötti önkéntes cserén alapszik, a jog feladata elsődlegesen a kiigazító igazságosság keretrendszerének biztosítása, miközben az elosztó igazságosságot az egyes jogviszonyokban csak közvetetten támogatja. Ilyen társadalomban a jogászok feladata a társadalom tagjainak a jogviszonyaiban az igazságosság biztosítása és a magánautonómia érvényesítése, ezzel együtt pedig a magánautonómia határainak a megvonása is, esetről esetre. Ez a rendszer olyan szabályok kialakítását, fenntartását és fejlesztését követeli meg, amelyek a társadalmi viszonyoknak azt a keretrendszerét biztosítják, amit demokráciának, magánautonómiának és piacgazdaságnak hívunk. A magánautonómia, a magántulajdon, a szabadság, az emberi méltóság tisztelete és a jog uralma a helyes társadalom alapul fekvő értékrendje. Ennek biztosítására pedig a társadalomnak olyan szakmai közösségre van szüksége, amely ezeket az értékeket magatartási szabályokba képes önteni, és biztosítani tudja, hogy ezeket a szabályokat a társadalom tagjai ismerik és betartják. Ez a szakmai közösség a jogászok közössége.

4. Helyes társadalom és helyes jog

Mindennek alapján talán már látszik, hogy a drámai helyzetben *Dick* miért éppen a jogászokat, azok közül pedig valamennyit javasolja elpusztítani: egész egyszerűen, mert úgy gondolja, hogy tőlük kell félniük a legjobban. Hogy ez igazán érthető legyen, foglalkoznunk kell a jogászok társadalmi feladatának és felelősségének az egyik alapvető elemével, a helyes társadalom építésével. A jogászok feladatának különlegessége és nehézsége abban rejlik, hogy miközben alá vannak vetve a társadalmi konszenzusoknak, a társadalom mozgását helyes irányba kell terelniük, ha a társadalmi konszenzus nem ebbe az irányba mutat. A jogászok szakmai közösségének kollektív tudása magába foglalja a helyes társadalom szerkezetének, normáinak és működésének az ismeretét. Ezt az évezredek során megtanult, generációról generációra átadott és fejlesztett tudást nem kötik a társadalomban éppen uralkodó tényleges viszonyok sem. Ez a közösségi tudás teszi lehetővé a helyes társadalom alapértékeinek a megőrzését akkor is, amikor a szabályozás vagy az elmélet, illetőleg a társadalmat irányító hatalmi berendezkedés éppen nem támogatja ezeknek az értékeknek az érvényesülését. A jogászok fejében ilyen szempontból nem a ténylegesség van, hanem az, aminek lennie kellene. A helyes társadalom képét és a helyes társadalom jogi keretének az elemeit a jogászok autokratikus rendszerekben is képesek megőrizni.

Ennek egyik példáját éppen a magyar társadalom- és jogfejlődés II. világháború után időszaka adja. A piacgazdaság és a demokrácia lebontásra került, a termelőszöveteket az állam tulajdonba vette, a gazdasági forgalom pedig a központilag előírt tervek teljesítésével, központilag irányított pályán bonyolódott. A magántulajdon a személyi tulajdonra korlátozódott, a társadalom és a gazdaság a párt irányítása alatt állt. Bár nyitást jelentett a piaci alapú gondolkodás felé az 1968-as gazdasági mechanizmus, a központi újraelosztás rendszere nem változott. A jogtudomány kutatási irányai azonban továbbra is képesek voltak a piacgazdaság pilléreit képező intézmények alapkérdéseit tárgyalni. Az ún. „vörös sarkok” jól leválaszthatók maradtak az egyes művekben, a tudomány eredményei pedig kifejezetten korszerűek voltak. Ez nemcsak a jogtudományra, de – bizonyos korlátokkal – a jogalkotásra és a joggyakorlatra is igaz. Az 1959-es Polgári törvénykönyv sohasem volt szocialista kódex. Valójában egyenes következménye volt annak a fejlődési folyamatnak, amely a Magyar Általános Polgári törvénykönyv 1900-as tervezetétől az 1928-as Magánjogi Törvényjavaslaton át az 1959-es Ptk.-ig ível. A fejlődési irány a szabályozás absztrakciós szintjének emelése és emellett egyszerűsödése volt. Az 1959-es Ptk. jól illeszkedett ebbe a kodifikációs folyamatba. Rendkívül, helyenként végletesen is letisztult, a gyakorlatban hasznosnak nem bizonyult vagy a meglévő szabályozás logikájából is levezethető, ezért feleslegesnek tekintett szabályozási elemtől megszabadított kódexként született meg. Nem volt szocialista törvénykönyv, illetőleg a szocialista berendezkedéshez lényegében csak annyiban igazították hozzá, hogy a társadalmi értékrendre és a tulajdoni alapokra utaló, ezekhez kapcsolódó szabályokat a szocialista társadalmi és gazdasági alapokra modellezték. A rendszerváltozás után törölték a törvényből ezeket a rendelkezéseket, a kifejezéseket pedig a polgári társadalom és a piacgazdaság értékrendjét tükröző terminológiára cserélték. Az eredmény olyan törvénykönyv lett, amelyet a gyakorlat a

polgári társadalom és a piacgazdaság keretei között is nagyobb problémák nélkül alkalmazott. Figyelembe véve, hogy 1959-re az európai kodifikációk tanulságai, hibái és gyenge pontjai az európai országok bírói gyakorlata alapján azonosíthatók voltak, ezeket a magyar jogalkotó már szem előtt tarthatta, továbbá, hogy az 1968-ban meghirdetett új gazdasági mechanizmus magánjogi leképezését célzó 1977-es Ptk.-novella az európai jogfejlődés legfrissebb eredményeit is tükrözte, Magyarország évtizedeken át Európa legkorszerűbb polgári törvénykönyvével rendelkezett. A társadalmi-gazdasági berendezkedés miatt hiányzó alapokat a horizont szélesebbre vétele tudta pótolni, amelyet tudományos módszerként elsősorban a jogösszehasonlítás jelenített meg.

Ennek a jelenségnek a magyarázata az, hogy a magyar jogász szakmai közösség a kommunizmust építő szocialista társadalmi rend keretei között is tovább hordozta a magánjognak nemcsak a polgári társadalomhoz és piacgazdasághoz illeszkedő értékeit, de az ehhez kapcsolódó tudást is. Arra is képes volt továbbá, hogy ezt a tudást a következő generációknak továbbadja. Ennek volt köszönhető, hogy a magyar jogi kultúra a rendszerváltozás után, a polgári társadalom és a piacgazdaság társadalmi-gazdasági rendjében azzal a természetességgel térhetett vissza a hagyományos magánjoghoz, mintha csak egy elejtett fonalat vett volna fel. Felszín alatti áramlásként élt és fejlődött ez a tudás, amelyet a társadalmi-gazdasági rend nem támogatott, és amelyet az akkori társadalmi rend szerint akár feleslegesnek is lehetett volna tartani. Ez az eredmény nem valamiféle magától értetődő törvényszerűségnek a következménye, hanem emberi meggyőződésé. Egy közösség tagjainak a munkája és társadalmi felelősségtudata képezi az alapját, amely ugyanezt a felelősséget tanítja a következő generációknak.

5. Az emberi tényező a jog formálásában

5.1. A bíróság szerepe a jog formálásában

A jogászok feladata a modern társadalomban magas szinten intézményesült. A jog tartalmának a meghatározása szempontjából legnagyobb szerepe a bírának és a bíróságoknak van. Az írott jogi normák értelmezése a bíróságok feladata. Az értelmezés valójában a norma tartalmának a meghatározása. A jogi szövegek, hasonlóan a vallási szövegekhez, értelmező autoritást igényelnek. Az határozza meg az adott társadalmi konfliktusra (esetre) irányadó tartalmat, aki az értelmezésre felhatalmazást kapott. Jogi szövegek esetén ez az autoritás a bíróságok kezében van, éppúgy, ahogy vallási szövegek esetében az autoritás az egyházé. Amennyiben az írott norma szerinti eredmény az értelmezés alapján nem egyeztethető össze az adott esetben a helyes társadalom értékrendjével, a bíróság generálklauzulák alkalmazásával írhatja felül az általános jogalkotói parancsot. Ha a bíró szerepét vizsgáljuk, mi más is lehetne ez a szerep, mint a helyes társadalom értékrendjének érvényesítése az adott esetre érvényes jogtétel megfogalmazásával?¹³ A jogalkotó által alkotott írott norma tartalma

¹³ Menyhárd A., Text, Values and Interpretation: The role of judges and legislative power in private

értelmezés útján határozható meg, a tartalom-meghatározás során azonban a jog alkotása és alkalmazása nem válik szét egymástól. A bíróság valójában nem megállapítja, hanem konstruálja a jog tartalmát. A jogalkotás és a jogalkalmazás közötti megkülönböztetés a magánjogban relatív; a bíróság által meghozott ítélet valóban nem alkot jogot. A bíróság azonban – a jog tartalmának meghatározása útján – igen. Ezt teszi a bíróság nemcsak absztrakt normák (fogalmak) konkrét esetekre alkalmazásával, de nyitott tartalmú normák (generálklauzulák) konkretizálásával is.

A bíróság feladata a jogalanyokat megillető alanyi jog biztosítása a társadalmilag helyesnek tartott értékelés szerint, és ennek az igazságot érvényre juttató jognak csupán részben forrása az írott jog; pontosabban, amit ma anyagi jognak – anyagi magánjognak – nevezünk, az nem az alanyi jog forrása, hanem csupán eszköz a bíróság kezében ahhoz, hogy az igazságot, azaz a társadalomban uralkodó értékeket az adott jogvitának az eldöntésével érvényre juttassa. A gondolkodásunk hagyományos modellje szerint a törvényalkotó megalkotja a jogot, a bíróság pedig alkalmazza azt. Ez a gondolkodás hierarchiát tételez fel, amelyben a bíróság jogalkalmazóként a jogalkotó parancsát hajtja végre. Ez azonban nem, vagy legalábbis csak erős korlátokkal lehet igaz. A bírósági döntések szükségszerűen tételezik értékek közötti prioritások felállítását. A társadalomban elfogadott (pontosabban: a helyes társadalomban elfogadottnak tartott) alapvető értékek különböző mértékben jutnak szerephez az egyes tényállásokban. Az értékek prioritását az eset tényállása által hordozott érdekek kiegyensúlyozása támasztja alá, amelynek során a fő döntési elv az, hogy az azonos eseteket azonos módon, a különbözőket pedig eltérően kell értékelni. Az írott norma csak a jogalkotó által megfogalmazott alapértékelést fogalmazza meg, de ezt a bíróság felülírhatja: akár a jog értelmezésével, akár generális klauzulák (mint például a jóhiszeműség és tisztesség követelménye) alkalmazásával.

Az egyik jogalanyt a másikkal szemben megillető alanyi jog nem lehet más, mint ami őt a helyes társadalmi értékrend szerint megilleti. Ez következik abból is, hogy a jog feladata társadalmi értékeknek és a társadalmi értékek közötti prioritásoknak a magatartási normaként való megjelenítése. Ha az alanyi jog fennállását vagy hiányát a bíróság hivatott megállapítani, akkor ebből egyenesen következik az is, hogy a bíróság feladata a magatartásszabály (norma) meghatározása. A jogalkotó és a bírói autoritás közötti különbséget elsősorban a legitimitás eltérő mértéke adja. Ebben központi szerepe van a bírói szerepről kialakult társadalmi konszenzusnak, mint ahogy társadalmi konszenzusnak kell alátámasztania a bírósági döntések legitimitását is. Ez a szerepkép közvetlen összefüggésben van azzal, hogy a jogot hatalmi manifestáció mellett a társadalmi működés olyan keretrendszerének is tekintjük-e, amely a helyes társadalom értékeit közvetíti és implementálja.

A bíróság a döntéseit azért kell hogy visszavezesse a törvényhozó akarat által tételezett jogi normára, hogy ezzel a döntés legitimitását biztosítsa. A jogi dogmatika fogalmi és logikai rendszerébe pedig elsősorban azért kell illeszkednie, hogy ellenőrizhető legyen a döntés következetessége, azaz hogy a bíróság a hasonló eseteket

law, in M. Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law – Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, Routledge, London/New York, 2020, 69–73. o. (megjelenés alatt).

haszonlóan, a különbözőket pedig eltérően ítéli meg. Ezen alapszik a norma tartalmának a megismerése és a tárgyi jog kiszámíthatósága is. Ezért válhat szét a döntés meghozatalának a modellje a döntés alátámasztásának a modelljétől. Ez a kettősség nem probléma, hanem természetes velejárója a társadalmi értékelés magatartási szabályként való megjelenítésének, ezzel pedig annak, ahogy az értékeket joggá formáljuk.

5.2. Az emberi tényező a bíráskodásban

Természetesnek kell elfogadnunk,¹⁴ hogy a jogászok társadalmi háttere befolyásolja azt az értelmezést, amelyet a jogi normáknak adnak, így determinálva a jogi normák tartalmának a meghatározását. Ez nem feltétlenül probléma, hiszen a jognak és a jogászoknak társadalmi értékekre és társadalmi szükségletekre kell reflektálniuk. A jog nem önmagában való érték, hanem a társadalmat kell szolgálnia. Ugyanez igaz a jogászokra is.

Az egyik érzékletes példája ennek az az értelmezés, amelyet az apartheid rezsim lebontásával felállított Dél-Afrikai Alkotmánybíróság adott az alkotmányban biztosított szociális és gazdasági jogok kikényszeríthetőségének. Ezekből a jogokból az európai alkotmánybíróságok és az Emberi Jogok Európai Bírósága sem szívesen vezet le az állam terhére az állampolgárral szemben fennálló közvetlen kötelezettséget. A Dél-Afrikai Alkotmánybíróság azonban több olyan döntésében is kifejezetten nyitottnak mutatkozott erre, amelyek a lakhatáshoz vagy az egészséghez való joghoz kapcsolódtak. Az egyik ilyen döntés az egészségügyi ellátáshoz való jog érvényesülése kapcsán azt vizsgálta, hogy azok a terhes kismamák, akik HIV-hordozók, jogosultak-e ingyenesen hozzájutni a betegséget kezelő gyógyszerhez. A Dél-Afrikai Alkotmánybíróság ezt a kötelezettséget az állam terhére megállapította. Az alkotmánybíróság egyik, a döntést előkészítő tagja így emlékszik vissza a döntés kihirdetésére: „a döntésünk lényege világos volt: mivel ezeket a gyógyszereket a magánszektorban elég biztonságosnak tartották a használatra, az alkalmazásuknak a korlátozása azon az alapon, hogy a kormányzat további kutatásokat akar végezni, nem volt észszerű. Szem előtt kellett tartani, hogy nagy számú gyermek szükségtelenül fog HIV fertőzötten születni, és hogy az orvosok világosan úgy nyilatkoztak, hogy a gyógyszer felírásában a minisztériumi irányelvek akadályozták meg őket. Még egyszer, a döntés kihirdetése után teljes csend volt a teremben. Kivonultunk, és egy pillanatra megálltunk. Üdvözlőváltás tört ki. És még egyszer elsírtam magam.”¹⁵ A társadalmi igényekre való közvetlen

14 „Ez a megállapítás egy napon talán magától értetődő lesz, de most még fontos folyamatosan ismételni, hogy talárjaik alatt a szövetségi bírák a kényelmes társadalmi osztály közönséges tagjai, akik nem különböznek a Szenátus Jogi Bizottságának vagy éppen az államod közellátási bizottságnak a tagjaitól. Nem nagy túlzás azt állítani, hogy az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának a bírái, jogi felülvizsgálati jogkörüket gyakorolva, egy kilenctagú bizottság tagjaiként eljárva vizsgálják felül a jogvitákat rendező bürokrácia döntéseit, elbírálvá sok kisebb és néhány nagyobb jelentőségű politikai kérdést, miközben a bizottságuk korábbi mondásai és döntései, szakmai és népi kultúrájuk, és viszonylag ritkán, az Alkotmány szavai vezérlik őket.” *T. C. Grey, The Constitution as Scripture, Stanford Law Review, Vol. 37, No. 1 (Nov. 1984), 24. o.*

15 *A. Sachs, The Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights: The Grootboom Case, in A. Sajó, R. Uitz, The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005, 97. o.*

reflektálás, az érzékenység és a néppel való együttérzés nagyon világosan jelenik meg ebben az attitűdben, amelynek az alapja egyértelműen az a szemlélet, hogy a jognak és a bíróságnak a társadalmat kell szolgálnia.

6. Zárógondolatok

A jogászok szakmai közössége a társadalomnak azt az elemét képezi, amelynek feladata a helyes társadalom felépítése és működtetése. A helyes társadalom a jogászok szakmai közösség számára az egyéni autonómia, a piacgazdaság, a magántulajdon, a szabadság, az emberi méltóság tiszteletének és a jog uralmának alappillérein nyugszik. Ez a meggyőződés a jogászok hivatás alapja. Nem erkölcsi tétel, hanem a jogászok szakmai közösségének a társadalmi szerepe és felelőssége, amely független az éppen uralkodó társadalmi-gazdasági berendezkedéstől. *Shakespeare* drámájában a kiindulópontként szolgáló mondat egy olyan személy szájából hangzik el, aki egy végletesen autokratikus rendszert, kommunista diktatúrát akar a népre kényszeríteni. Tisztában van azzal, hogy ebben legnagyobb ellenségei a jogászok lesznek, akik a szabadságban és az autonómiában hisznek, és arra vannak képezve, hogy védjék ezeket az értékeket.

A jogászok társadalmi szerepéből következik, hogy a társadalmi valóságban a jogot emberek alkotják a társadalom tagjai számára. Ebből az is következik, hogy a jog tartalmának a meghatározása nem lehet független az egyes jogászok társadalmi kötődéseitől és kulturális háttérétől. A jogot alkotó közösség a jogászok szakmai közössége. Feladatuk az, hogy a helyes társadalom értékrendjét magatartási szabályok formájában fogalmazzák meg a társadalom számára. A jog nem pusztán az államhatalom megnyilvánulása, hanem a társadalom rendelkezésére álló erőforrások elosztásának a rendje. A jog és a jogász a társadalmat szolgálják, és az értékük is ebből fakad.